**Maatwerk en uitvoering in het vreemdelingenrecht, rondetafelgesprek**

Prof.mr. Y.E. Schuurmans, 24 juni 2021[[1]](#footnote-1)

*In deze bijdrage belicht ik in welke mate het gebrek aan maatwerk in het vreemdelingenrecht overeenkomt / verschilt met het bestuursrecht (incl. Toeslagenaffaire). Ik licht kort toe dat:*

* *de IND als uitvoeringsorganisatie onder druk staat*
* *vreemdelingen voor ‘maatwerk’ vooral afhankelijk zijn van het bestuur*
* *een veelomvattend, restrictief vreemdelingenbeleid én de vormgeving van het procesrecht geen voedingsbodem vormen voor maatwerk*

*Loopt de uitvoering tegen maatwerkproblemen aan?*

Vele grote uitvoeringsorganisaties lopen tegen problemen aan, waarbij de uitvoering snel bureaucratisch en rigide wordt. Vrije bevoegdheden worden dichtgeregeld met beleid, de uitvoering is deels geautomatiseerd en beslisambtenaren ervaren weinig ruimte of het ontbreekt hen aan voldoende kennis en ervaring om wet, regelgeving en beleid naar doel en strekking uit te leggen.[[2]](#footnote-2) De IND is in deze rapporten niet zelfstandig onderzocht. Wel zijn er verschillende onderzoeken gedaan naar het functioneren van de IND, die raken aan gelijksoortige problemen. Zo is duidelijk dat de IND onvoldoende tegenspel kan leveren aan politieke druk en daardoor met uitvoering wordt belast die het lastig professioneel kan uitvoeren.[[3]](#footnote-3) Ook de IND kampt met een tekort aan medewerkers, met een (te) beperkt ervaringsniveau voor complexe besluitvorming.[[4]](#footnote-4) Cultuur speelt een rol: “Binnen de IND-cultuur bestaat een angst dat ‘oog voor menselijke maat’ moeilijk verenigbaar is met de ‘bedrijfsmatigheid’ die nodig is om tegelijkertijd óók binnen de daarvoor geldende termijnen op een kostenefficiënte wijze tot een rechtvaardig (gelijke situaties volgens de geldende kaders gelijk behandelen) beoordeling te komen.”[[5]](#footnote-5) Maatwerk vraagt van medewerkers om eigen verantwoordelijkheid te durven nemen, wat onveilig kan zijn bij een hoge werkdruk, te weinig ervaren personeel, in een politiek gevoelig beleidsveld.

*Verschillen en overeenkomsten met Toeslagenaffaire?*

Zoals de onderzoekers van *Ongekend onrecht* belichten, zijn er de nodige overeenkomsten met de problematiek in de Toeslagenaffaire.[[6]](#footnote-6) Vele vreemdelingen verkeren in een kwetsbare positie, waarbij de besluiten zeer grote gevolgen op het persoonlijk leven hebben en het rechtssysteem niet als vanzelf foute of onrechtvaardige besluiten eruit filtert.

*Grote eigen procesverantwoordelijkheid vreemdeling én afhankelijkheid*

De rechtsverhouding staatssecretaris (IND) – vreemdeling is sterk ongelijkwaardig. Dat kan niet volledig door de advocaat worden gecompenseerd, omdat de toegang tot informatie en zicht op vergelijkbare dossiers beperkt is. De IND zélf is nodig voor maatwerk.

Hoewel een aantal bevlogen kwalitatief hoogwaardige advocaten actief is in het migratierecht, is de kwaliteit van de advocatuur kwetsbaar. Migranten kunnen door een achterstand in kennis en taal de kwaliteit van de vertegenwoordiging niet goed beoordelen en door hun afhankelijkheidspositie lastig van advocaat wisselen. De eigen procesverantwoordelijkheid van de vreemdeling is tegelijk zeer groot: in veel zaken draagt de vreemdeling de bewijslast en hij of zij dient bij de rechter zélf door middel van beroepsgronden aan te wijzen wat er mis is met het bestreden besluit. De rechter mag niet op eigen initiatief fouten uit het besluit halen (in jargon: hij mag niet zomaar ambtshalve toetsen, artikel 8:69 Algemene wet bestuursrecht). Het is op basis van rechtspraak duidelijk (conform mijn eigen ervaring als rechter-plaatsvervanger) dat advocaten soms niet de terzake doende beroepsgronden aanvoeren en uitwerken. De bestuursrechter kan daar in het huidige stelsel beperkt wat aan doen, ook als hij of zij het besluit als hoogst onrechtvaardig zou ervaren. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) heeft onlangs over deze problematiek (maar alleen specifiek in zaken over vreemdelingenbewaring) een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie van de EU: mag je als rechter ook de naleving van een bepaalde rechtsregels toetsen, als de advocaat van de vreemdeling dat niet heeft aangevoerd?[[7]](#footnote-7)

*Politieke dimensie*

In veel beleidsstukken komt terug dat Nederland een restrictief vreemdelingenbeleid wenst te voeren, waarmee diverse politieke partijen zich profileren. Anders dan lang gold voor het toeslagensysteem, vormt migratie bij uitstek een thema waarop vol politiek debat plaatsvindt. Dat heeft zijn weerslag op uitvoering én rechterlijke controle. Of vreemdelingen voor een verblijfsvergunning in aanmerking komen of hen kan worden ontnomen en onder welke voorwaarden, is primair een politiek en beleidsmatig vraagstuk en secundair een juridisch vraagstuk. Dat betekent dat de rechter alleen ingrijpt als wettelijke regels, waaronder Europees en internationaal recht wordt overtreden. Kortom, de rechter grijpt in uiterste situaties in.

‘Individuele rechtvaardigheid’ is een concept dat beperkt in het Nederlandse bestuursrecht is uitgewerkt (noch door de wetgever, noch door de bestuursrechter). Wel kan de rechter bij discretionaire bevoegdheden toetsen aan het evenredigheidsbeginsel, maar tot aan de Toeslagenaffaire heeft de toetsing aan dat beginsel weinig grenzen gesteld aan het bestuur. Op dat vlak is rechtsontwikkeling gaande; momenteel is bij de ABRvS een grote rechtszaak aanhangig, waarin de vraag aan de orde is hoe de bestuursrechter de toetsing van het evenredigheidsbeginsel meer kan operationaliseren, in lijn met het Europese recht.[[8]](#footnote-8) De toetsing aan het evenredigheidsbeginsel zal toetsing aan een juridische grens blijven; of bijvoorbeeld sprake is van een schrijnende situatie (art. 3.6ba Vb 2000) of van hardheid (bij een hardheidsclausule) blijft primair een politiek-bestuurlijk vraagstuk, waar het parlement de grote lijnen controleert en de rechter een zekere afstand houdt. Meer hardheidsclausules wordt door bestuursrecht- en wetgevingsspecialisten dan ook nauwelijks als een panacee gezien, als er geen politiek-bestuurlijke wil is om van die uitzondering gebruik te maken.[[9]](#footnote-9) De wet en het beleid zou zelf redelijk moeten zijn.

Er zijn ook verschillen met de Toeslagenaffaire. Waar de uitvoering van het toeslagensysteem in hoge mate is gedigitaliseerd en geautomatiseerd, is dat binnen het vreemdelingrecht veel minder het geval. Rigiditeit in de uitvoering van het vreemdelingenrecht zit niet zozeer in de Vreemdelingenwet 2000 of automatisering, maar veeleer in cultuur. Dat betreft de wijze waarop de IND met de beleidsruimte omgaat, onder politieke druk. De discretionaire bevoegdheden uit de Vreemdelingenwet en het Vreemdelingenbesluit zijn in zeer uitgebreide Vreemdelingencirculaires (beleid) ‘dichtgeregeld’. Een belangenafweging op basis van persoonlijke omstandigheden komt bij dergelijk uitgewerkt beleid nauwelijks van de grond.

Het procesrecht vormt in het wel / niet doorbreken van die cultuur een zelfstandige dimensie. Maatwerk dient bij voorkeur al bij de besluitvorming te worden geleverd, maar een kritisch toetsende rechter is nodig om het bestuur te dwingen steeds ook acht te slaan op de persoonlijke omstandigheden van het geval en de vraag of het beleid daadwerkelijk op deze concrete zaak past.

Lang heeft de bestuursrechter in het vreemdelingenrecht zeer terughoudend getoetst, meer dan in het bestuursrecht in het algemeen. Vanuit het Europese recht is die Nederlandse invulling onder druk gezet en uiteindelijk aangepast (in art. 83 Vw2000).

In de Vreemdelingwet 2000 heeft de wetgever voor een afwijkend regime gekozen, vanwege de vele procedures tegen afwijzende besluiten. Het hoger beroep heeft niet de functie om nog eens naar de zaak van eiser te kijken; het hoger beroep is destijds ingevoerd om rechtseenheid te brengen, omdat de praktijken bij de verschillende rechtbanken te zeer uiteenliepen. Vandaar dat gekozen is voor mogelijkheden om het hoger beroep ongemotiveerd af te doen, als de grieven niet tot vernietiging van het besluit kunnen leiden of de zaak zonder zitting af te handelen. Dat ontwerp maakt dat de rechtspraak sterk draait om rechtsvragen / rechtseenheid en beperkt op rechtsbedeling en maatwerk in het individuele geval.

De in het algemene bestuursrecht ingezette ontwikkeling naar een minder terughoudende toetsing, meer aandacht voor evenredigheid en voor het doenvermogen van mensen, zal naar verwachting de cultuur binnen de bestuursrechtspraak beïnvloeden en zo ook gevolgen hebben voor het vreemdelingenrecht.[[10]](#footnote-10) Al blijft het een inherente handicap om maatwerk te leveren als je geen mens op zitting voor je ziet. Als de Tweede Kamer de ontwikkelingen onvoldoende acht, kan aanpassing van het procesrecht worden overwogen, bijvoorbeeld door de nadruk in het procesrecht minder op rechtseenheid te leggen en meer op rechtsbedeling.[[11]](#footnote-11)

1. Hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Zij is o.a. lid van de externe begeleidingscommissie voor het programma van reflectie bestuursrechtspraak Raad van State (n.a.v. de Toeslagenaffaire), rechter-plaatsvervanger bij de rechtbank Rotterdam en auteur (met A.E.M. Leijten & J.E. Esser) van het rapport *Bestuursrecht op maat* (in opdracht van BZK), Leiden: Universiteit Leiden 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. ABDTopconsult, *Regels en Ruimte* 2019 en ABDTopconsult, *Werk aan Uitvoering Fase 1: Probleemanalyse* 2020. [↑](#footnote-ref-2)
3. EY, *Eindrapportage doorlichting IND. Verbetermogelijkheden IND met specifieke aandacht voor het asielproces*, 20 mei 2021, p. 6. [↑](#footnote-ref-3)
4. Idem, p. 9-10. [↑](#footnote-ref-4)
5. Idem, p. 12. [↑](#footnote-ref-5)
6. K. Geertsema e.a., ‘Ongezien onrecht in het vreemdelingenrecht’, NJB 2021/979. [↑](#footnote-ref-6)
7. ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:2020:3034. [↑](#footnote-ref-7)
8. [Afdeling bestuursrechtspraak vraagt conclusie over rechterlijke toetsing evenredigheid - Raad van State](https://www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@124250/conclusie-toetsing-evenredigheid/). [↑](#footnote-ref-8)
9. Zie o.a. M. Scheltema, *Een wet van Meeden en Perzen? Geen onwrikbare wet in het hedendaags bestuursrecht* (Preadvies Vereniging voor wetgeving), https://www.nederlandseverenigingvoorwetgeving.nl/wp-content/uploads/2020/11/Preadvies-Scheltema-Een-wet-van-Meeden-en-Perzen.pdf. [↑](#footnote-ref-9)
10. Zie bijv. ABRvS 26 augustus 2020, *AB* 2020/429 m.nt. Reneman. [↑](#footnote-ref-10)
11. Dat kan zowel door wijziging van de Vw200 (het grievenstelsel uit art. 91), als door wijziging van de Algemene wet bestuursrecht. Zie ook J.E. Esser & R.G. Becker, ‘Maak van maatwerk de regel’, *NTB* 2021/106. [↑](#footnote-ref-11)